



DELIBERA N. 338

20 luglio 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società [OMISSIS]Srl – Affidamento in concessione del servizio di riscossione coattiva delle entrate patrimoniali e tributarie dell'Ente e del servizio di gestione del Canone Unico Patrimoniale (CUP), per la durata di anni 5 più eventuale proroga di 6 mesi – Importo a base di gara: euro 617.786,88 – S.A.: Comune di Boscoreale.

UPREC-PRE 628/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. n. 50/2016

Art. 87 del d.P.R. n. 207/2010

Parole chiave

Servizio riscossione coattiva entrate Ente locale – Requisiti di idoneità – Obbligo di indicazione del direttore tecnico – Esclusione per significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione – Valutazione discrezionale della Stazione appaltante.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Servizio riscossione coattiva entrate patrimoniali e tributarie dell'Ente locale – Scelta del contraente – Requisiti di idoneità – Obbligo di indicazione di un direttore tecnico nell'organico aziendale – Sussistenza dell'obbligo per le imprese che partecipano agli appalti pubblici di servizi e forniture – Limiti alla discrezionalità della S.A. – Esclusione per significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione – Valutazione discrezionale della S.A.

L'obbligo della indicazione del nominativo del Direttore Tecnico a corredo della certificazione camerale sussiste unicamente per quelle imprese obbligate da specifiche norme alla presenza di detto organo tecnico-organizzativo nell'ambito della struttura aziendale e pertanto risulta illegittima una contraria



previsione della lex specialis di gara per violazione dei principi di par condicio, di proporzionalità e non aggravamento della procedura concorsuale.

L'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter) può essere disposta solo a seguito di un apposito processo di valutazione della Stazione appaltante che deve culminare con un provvedimento motivato che rechi l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'Amministrazione per giungere alla decisione adottata, cosicché il destinatario sia in grado di comprenderne le ragioni e, conseguentemente, possa utilmente accedere all'eventuale tutela giurisdizionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0046733 del 15.6.2023, con la quale la società [OMISSIS] Srl chiede parere in ordine alla legittimità della clausola della *lex specialis* che prevede, tra i requisiti di idoneità, che i partecipanti indichino *"almeno un nominativo di un direttore tecnico alla data di pubblicazione del bando, a pena di esclusione"*(art. 7.1 lett. a) del Disciplinare di gara) e della clausola che prevede, anch'essa tra i requisiti di idoneità, di dichiarare di *"non aver subito negli anni antecedenti la data di pubblicazione del Bando di gara risoluzioni contrattuali per inadempimento ovvero non aver commesso inadempienze definitivamente accertate che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni e/o penali"* (art. 7.1 lett. c) del Disciplinare);

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo la società istante entrambe le clausole sopra citate sono illegittime in quanto si sostiene, con riferimento alla prima, che *«il direttore tecnico è figura prevista per i lavori e non è obbligatorio riportare nella Camera di commercio il nominativo di un direttore tecnico precisando, ad ogni modo, che per i servizi tale figura si intende comunque riferibile al legale rappresentante»*, mentre, con riferimento alla seconda, che viene individuata una ipotesi di esclusione non prevista dalla legge e che *«contrasta con la previsione dell'art. 80 comma 5 lett. c-ter) del Codice, che rimette alla Commissione la valutazione di precedenti contenziosi o risoluzioni contrattuali»*;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, a difesa del proprio operato, nelle memorie di replica sostiene che la contestata previsione di cui all'art. 7.1 lett. a) del Disciplinare nasce dalla necessità che *«l'impresa affidataria sia dotata della figura di un direttore tecnico in virtù delle caratteristiche specifiche del servizio in questione che comprende anche la gestione degli impianti pubblicitari, e che l'indicazione di una specifica clausola di esclusione sia conforme a quanto prescritto dall'art. 26 del DPR 34/2000 e a quanto stabilito da costante giurisprudenza amministrativa (ex multis, Consiglio di Stato Sez. V del 26.05.2010 n. 3364)»* e che quella di cui alla successiva lett. d) si limita a stabilire un caso di esclusione *«già sancito all'art. 80 comma 5 lett. c-ter dlgs 50/2016, e che pertanto il bando è in linea di conformità con la norma cogente, che non demanda, in alcun modo, la successiva valutazione all'esame della commissione di gara (cfr (lettera c) sostituita dalle lettere c), c-bis) e c-ter) dall'art. 5 del decreto-legge n. 135 del 2018, convertito nella legge n. 12 del 2019)»*;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 23.6.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO, relativamente al primo quesito posto dalla società istante, ovvero se sia legittimo l'operato della Stazione Appaltante in merito alla previsione, quale requisito di idoneità, dell'indicazione, a corredo della certificazione camerale, di un **direttore tecnico** inserito nell'organico della società, pur trattandosi di gara avente ad oggetto i servizi di riscossione dei tributi e non la gestione dei rifiuti o lavori, che l'art. 87 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 al comma 1 prevede che *«La direzione tecnica è l'organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori. La direzione tecnica può essere assunta da un singolo soggetto, eventualmente coincidente con il legale rappresentante dell'impresa, o da più soggetti»*; tale figura è necessaria al fine di ottenere il conseguimento dell'Attestazione S.O.A., indispensabile per partecipare agli appalti pubblici di importo superiore a euro 150.000, tanto che il comma 4 stabilisce che *«La qualificazione conseguita ai sensi dell'articolo 79, comma 14, è collegata al direttore tecnico che l'ha consentita. La stessa qualificazione può essere confermata sulla base di autonoma e specifica valutazione se l'impresa provvede alla sostituzione del direttore tecnico o dei direttori tecnici uscenti con soggetti aventi analoga idoneità»*;

RILEVATO, dunque, che in base alla normativa in vigore al momento dell'indizione della gara la figura del direttore tecnico si inserisce nel contesto societario con peculiarità di compiti e funzioni che non possono considerarsi estensibili per analogia ad ogni tipologia di impresa indipendentemente dall'oggetto sociale e quindi dal tipo di attività concretamente svolta sul mercato;

RILEVATO, altresì, che non c'è alcuna norma che prescriva un obbligo per le imprese operanti nel settore della gestione, dell'accertamento e della riscossione di tasse e tributi di nominare un direttore tecnico per partecipare alle gare pubbliche per l'affidamento in appalto o concessione di tali servizi, al fine di dare una risposta al primo quesito posto dalla parte istante è necessario verificare se tale obbligo possa o meno discendere da una apposita clausola di *lex specialis* al pari di quella oggetto di contestazione;

CONSIDERATO, preliminarmente, che la facoltà dell'Amministrazione committente di stabilire le regole di una specifica gara in modo discrezionale, sulla base di esigenze contingenti e peculiari a seconda delle prestazioni che si intendono acquisire dagli operatori economici privati, incontra il ben noto limite del rispetto del principio della concorrenza, per il quale le clausole della legge di gara non possono contenere disposizioni che escludano o limitino immotivatamente la concorrenza o che confliggano con il principio, di matrice costituzionale, della libertà di impresa, nonché del principio di proporzionalità che impedisce alla s.a. di porre a carico dell'operatore economico adempimenti superflui o ridondanti;

RITENUTO che l'obbligo di indicare un direttore tecnico, motivato dalla necessità di avere una *“interfaccia operativa con il Comune in relazione alla gestione degli impianti pubblicitari presenti sul territorio comunale, finalizzati all'accertamento e riscossione del Canone Unico Patrimoniale”* e al quale *“competano gli adempimenti di carattere tecnico e organizzativo necessari nella fase deputata all'esecuzione dei lavori”* non solo non trova un fondamento normativo, ma finisce per confondere la figura peculiare nell'ambito dell'appalto pubblico di lavori del direttore tecnico con quella civilistica e più generica del rappresentante legale o del soggetto delegato alla gestione dei rapporti con la Stazione appaltante;

RITENUTO che è proprio la sentenza del TAR Lazio-Roma n. 10833/2009, inspiegabilmente chiamata in causa dalla Stazione appaltante per supportare la tesi opposta a quella sostenuta dal giudice amministrativo e dalla odierna parte istante, che chiarisce oltre ogni dubbio che *«l'obbligo della indicazione del nominativo del Direttore Tecnico a corredo della certificazione camerale sussiste*



unicamente per quelle imprese obbligate da specifiche norme alla presenza di detto organo tecnico-organizzativo nell'ambito della struttura aziendale, come per esempio le imprese operanti nel settore dei lavori pubblici alla luce di quanto disposto dall'art.26 del DPR 25.1.2000, n. 34, recante regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico di soggetti esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art.8, comma 2, della Legge 11.2.1994, n.109 (mentre non esistono norme individuanti tale obbligo nei confronti dei soggetti esecutori di contratti di servizi) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6006; Parere dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n. 154 del 20 dicembre 2007)» e che tantomeno si può sostenere – come invece fa la Stazione appaltante – che «è la medesima sentenza... ad evidenziare che laddove individuato nel bando di gara, il requisito in parola può rientrare nelle scelte di discrezionalità amministrativa volte a fissare i requisiti di ammissione e partecipazione sotto il profilo delle capacità tecniche, come avvenuto nel caso di specie», atteso che la menzionata sentenza afferma, ancorché mediante una tecnica argomentativa che ad una disattenta lettura potrebbe indurre ad una diversa interpretazione, il principio, sempre valido, secondo cui «le prescrizioni formali richieste [dalla lex specialis – n.d.r.], per il loro ruolo anche strumentale di espressione dei contenuti (nella specie, la richiesta indicazione del "nominativo" del Direttore tecnico deve intendersi pretesa in caso di effettiva presenza dello stesso in organico e non nei confronti delle imprese non obbligate in tal senso) devono essere interpretate in coerenza con i criteri ermeneutici di cui ai principi, di derivazione anche comunitaria, della garanzia della par condicio, della proporzionalità e non aggravamento della procedura concorsuale e al fine di assicurare la più ampia partecipazione di concorrenti per una migliore scelta in favore dell'amministrazione pubblica»;

RITENUTO, dunque, che la prescrizione di un obbligo non previsto per legge che costituisca una immotivata violazione dei principi di *par condicio*, di proporzionalità e non aggravamento della procedura concorsuale, come nel caso in esame risulta essere quella che prevede la necessità di indicare, a pena di esclusione, un direttore tecnico (registrato presso la Camera di Commercio) per ogni operatore economico che intenda partecipare alla gara *de qua*, è da considerare illegittimo, tenuto conto del fatto che – come già dianzi detto – il potere discrezionale della Stazione appaltante non si configura come il riconoscimento di un potere illimitato e insindacabile di scelta in ordine alle regole da porre a base della procedura di gara (nel caso trattato dalla sentenza sopra citata, il giudice ha ritenuto illegittima l'esclusione del RTI ricorrente in quanto, sebbene la legge di gara prevedesse l'obbligo di indicazione del nominativo del direttore tecnico, la mancata indicazione dello stesso da parte di una delle società mandanti era giustificata dal fatto che in ragione dell'attività svolta essa non disponeva di tale figura nel proprio organigramma né alcuna legge lo imponeva);

RITENUTO, infine, che neppure la sentenza del Consiglio di Stato n. 3364/2010, richiamata dalla Stazione appaltante a sostegno delle proprie determinazioni, può condurre a diverse conclusioni in quanto, lungi dallo stabilire un generalizzato obbligo per tutti gli operatori economici di avere nel proprio organico un direttore tecnico a prescindere dall'attività di impresa esercitata, si limita, correttamente, a ribadire il principio secondo cui, laddove venga richiesta la presentazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale da parte del direttore tecnico, tale obbligo sussiste anche nel caso in cui uno specifico operatore economico abbia nel proprio organico una figura equipollente (nel caso trattato il Consiglio di Stato ha reputato che la figura del 'responsabile tecnico' nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è omologa a quella del 'direttore tecnico' nell'ambito delle imprese che eseguono lavori pubblici; tuttavia, seguendo il percorso argomentativo della sentenza, si può trarre la medesima conclusione – evidentemente non colta dalla Stazione appaltante – sostenuta nel presente parere, ovvero che il direttore tecnico non è una figura prevista per legge per ogni operatore economico che partecipi a gare pubbliche, né può essere imposta dalla legge di gara);



CONSIDERATO, relativamente al secondo quesito posto dalla società istante, che l'art. 80, comma 5, lett. c-ter) prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora *«abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa»*, mentre l'art. 7.1 lett.c) del Disciplinare di gara prevede tra i requisiti di idoneità *«non aver subito negli anni antecedenti la data di pubblicazione del Bando di gara risoluzioni contrattuali per inadempimento ovvero non aver commesso inadempienze definitivamente accertate che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni e/o penali»* e che la parte istante contesta la legittimità di quest'ultima disposizione per l'evidente automatismo espulsivo che la clausola reca con sé, essendo del tutto negletta la seconda parte della norma primaria sopra citata, che invece impone alle Stazioni appaltanti di "motivare" l'asserito ricorrere della condizione espulsiva e quindi di effettuare una valutazione complessiva che tenga conto "anche" del tempo trascorso dalla violazione e della gravità della stessa;

CONSIDERATO che in tema appare particolarmente perspicua una recente pronuncia del Consiglio di Stato laddove si afferma che *«La giurisprudenza ha chiarito che la stazione appaltante può disporre l'esclusione di un concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c – ter) a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le conseguenze indicate dalla disposizione normativa (ovvero l'adozione di un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un contratto d'appalto, anche da parte della medesima stazione appaltante, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8506), che essa reputi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa (cfr.; Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236). L'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario sia in grado di comprenderne le ragioni e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale (così, Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2020, n. 4668). Non è invece richiesto che la motivazione del provvedimento di esclusione sia articolata in punti separati, ciascuno dei quali dedicato ad uno specifico aspetto di rilievo della pregressa vicenda, e così alla sua "gravità", al "tempo trascorso dalla violazione" e, infine all' "inaffidabilità" dell'operatore, purché emerga che ciascuno di tali profili siano stati considerati dalla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. III, 1 giugno 2021, n. 4201; V, 12 aprile 2021, n. 2922), e men che meno che la stazione appaltante affronti e respinga punto per punto le argomentazioni esposte dal privato a giustificazione della sua condotta (ovvero, in sostanza, replichì a ciò che egli abbia addotto per darsi incolpevole), a condizione che si comprenda dal tenore del provvedimento che l'amministrazione abbia reputato direttamente riferibile a sua colpa (del concorrente) la risoluzione disposta»* (così CdS, V, 9.6.2022 n. 4712);

RITENUTO, dunque, che, a prescindere dal pur sindacabile inserimento della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter) tra i requisiti di idoneità e non tra i requisiti di ordine generale (si deve ricordare, infatti, che i requisiti di idoneità attengono esclusivamente alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall'iscrizione in appositi registri e albi professionali e non riguardano l'affidabilità morale e professionale del partecipante alla gara d'appalto), non vi sia alcun dubbio che l'esclusione in questione possa essere disposta solo a seguito di un apposito processo di valutazione della Stazione appaltante che deve culminare con un provvedimento motivato in conformità alle indicazioni interpretative della giurisprudenza amministrativa sopra richiamate, la clausola oggetto di contestazione è da intendersi illegittima nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che abbia subito negli anni antecedenti la data di pubblicazione del Bando di gara risoluzioni contrattuali per inadempimento ovvero abbia commesso inadempienze definitivamente accertate che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni e/o penali,



il Consiglio

ritiene, alla luce delle motivazioni che precedono, che:

- la clausola di cui all'art. 7.1 lett a) del Disciplinare di gara sia illegittima in quanto non conforme alle disposizioni di legge in materia di obbligo di nomina di un direttore tecnico nell'organico aziendale;
- la clausola di cui all'art. 7.1 lett. c) del Disciplinare di gara sia illegittima in quanto non conforme alle disposizioni di legge in materia di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente